

ABORTO: ENTRE AUTONOMIA E EMPATIA

Maria Auxiliadora Minahim

Doctora en Derecho Penal pela Universidad Federal de Río de Janeiro (UFRJ).
Doctora en Derecho por la Universidad Federal de Paraná (UFPR). Profesora
Doctora Titular de Derecho Penal de la Universidad Federal de Bahía. Miembro
del Cuadro Permanente del Programa de Pos graduación en Derecho de la
Universidad Federal da Bahía. Presidente Nacional de la Asociación Brasileña de
Profesores de Ciencias Criminales. E-mail: minahim@terra.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3711110042226464>

Alexandre Sergio Da Rocha

Doutor em Filosofia. Professor. Aposentado da UFRJ. E-mail: darocha@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8363528605797405>

RESUMO: O artigo versa sobre a complexidade da análise dos fundamentos do aborto, em virtude dos aspectos de sensibilidade pessoal, validade moral, importância social e crenças pessoais envolvidos na questão. A legislação brasileira inclinou-se originariamente, pela proibição do aborto desde a concepção, mas o uso de dispositivos contraceptivos que impedem a nidação, a existência de excludentes de responsabilidade legais e aqueles acrescidos por decisões judiciais forneceram ocasião a que, mediante interpretação, as hipóteses de abortamento estejam sendo ampliadas. Nesse contexto, tem-se recorrido à noção de autonomia da mulher, mas restrições de natureza temporal são também estipuladas como limites. Na ausência de fixidez e coerência dessas limitações temporais, levanta-se a conjectura de que essas limitações, na verdade, correspondam a um critério empático não reconhecido e não declarado, que pretenda evitar a excisão do feto quando for marcante sua similaridade com o indivíduo humano completo.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto. Autonomia. Empatia. Limitação da autonomia. Critérios temporais e morfológicos de definição da individualidade.

ABSTRACT: The article deals with the complexity of analyzing the fundamentals of abortion, due to the aspects of personal sensitivity, moral validity, social importance and personal beliefs involved in the issue. Brazilian legislation was originally inclined to prohibit abortions since conception. The use of contraceptive devices that impede implantation in the uterus, the existence of legal exclusions of responsibility and those added by judicial decisions provided an occasion for the interpretation of the hypotheses for abortion being expanded. In this context, the notion of women's autonomy has been resorted to, but restrictions of a temporal nature are also stipulated as limits. In the absence of fixity and consistency of these temporal limitations, the conjecture arises that these limitations, in fact, correspond to an unrecognized and undeclared empathic criterion that seeks to avoid excision of the fetus when its similarity with the human individual is striking.

KEYWORDS: Abortion. Autonomy. Empathy. Limitation of autonomy. Temporal and morphological criteria for defining individuality.

1. Profe Doutora em Direito

1 INTRODUÇÃO

Não é incomum que o conteúdo semântico de um signo esteja associado a valores e interesses distintos. A expressão aborto guarda, hoje, no direito, múltiplos sentidos, haja vista, dentre outras divergências, aquelas resultantes da posição de alguns doutrinadores sobre o início da gestação, além das manifestações do STF sobre o tema. Assim, aborto pode expressar a destruição de um ovo, de um embrião ou feto. Quanto às interpretações, o fato dessa destruição pode constituir um crime ou, apenas, denotar a extração de parte indesejada

do corpo de uma mulher, no exercício de sua autonomia. A aparente polissemia do termo não impede, todavia, que haja um entendimento comum: trata-se de excisão do produto da concepção.

A compreensão do fato e sua qualificação estão orientadas, numa perspectiva racional, por diversos vieses que pretendem legitimar as conclusões alcançadas pelas distintas posições a respeito da questão. São apresentados, frequentemente, dados da genética e da biologia, correlacionados ao tempo de gestação e à formação de órgãos responsáveis pela consciência, com o objetivo de conferir, ou não, um determinado estatuto jurídico ao embrião. A pretensa neutralidade dessa abordagem, é bom que se repita, não reafirma a tese da imparcialidade da ciência, segundo a qual as proposições científicas têm um caráter puramente descritivo. Assim não ocorre porque, no caso específico, se valoram de forma distinta a vida e as diversas fases da formação embrionária de acordo com as crenças, culturas e interesses pessoais e sociais, entrando o argumento científico apenas para convalidar a postura ética que adote quem emite o juízo.

No campo jurídico, com destaque para as últimas decisões judiciais, argumenta-se sobre a preponderância de um sobre outro princípio constitucional, principalmente opondo-se ao valor da vida, o valor da autonomia. Não parece, contudo, haver nenhum argumento definitivo ou sequer, novo para pacificar as posições opostas, o que, se de um lado torna a discussão repetitiva, permite, de outro, sempre nova reflexão sobre a coerência e valor de cada uma das razões.

Em verdade, na tentativa de recrutar um número cada vez maior de argumentos em prol das posições sobre a interrupção voluntária da gravidez, ou não, nota-se uma inconsistência entre os motivos que fundam as posições. Observa-se também uma crescente imprecisão do bem jurídico protegido pelos tipos que incriminam o aborto, na medida em que as ideias originais precisam ser alargadas ou alteradas para servirem aos objetivos desejados. O debate deixa, então, a sensação de que não existem argumentos prévios irrefutáveis à decisão tomada pelo legislador ou pelo magistrado. Ao contrário, percebe-se

que há uma resolução anterior e, posteriormente, a busca de argumentos que possam conferir solidez à opção feita.

O conceito de autonomia é frequentemente convocado, embora as decisões judiciais se esmerem em acrescentar a ele restrições enunciadas em termos temporais ou biológicos. É importante, porém que as expressões utilizadas tenham um significado que lhes seja correntemente atribuído ou que seja esclarecido o sentido com que são utilizadas para que o diálogo possa ocorrer com segurança, concretizando a comunicação das ideias de cada um dos interlocutores.

No âmbito deste trabalho, centrar-se-á a análise em precisar--se o conceito de autonomia e na conjectura que o tempo de gestação seja usado como fundamento para o aborto com vistas a refletir sobre sua viabilidade comunicativa, a partir de um critério não explicitado de empatia.

2. MOTIVAÇÕES PARA O ABORTO

Judith Thomson¹, em uma narrativa de caráter ficcional, faz uma aproximação entre uma gravidez não desejada e um sequestro com submissão corporal de uma pessoa a outra. Assim, faz supor situação na qual uma mulher acorda certa manhã e descobre que está atada a um talentoso violonista que se vale de seus rins para filtrar o sangue. A desconexão implicaria na morte do músico, de forma que a pessoa deve permanecer a ele ligada por nove meses. Com essa narrativa, a filósofa americana desenvolve o questionamento sobre a justiça de uma mulher ser mantida como refém de outro ser, para preservar a vida deste, sacrificando, dessa forma, a própria liberdade

Sustenta a autora que destruir um feto viola o direito à vida, porque se trata de privação injusta da existência, mas, admite por outro lado, que é preciso que se pondere, caso a caso, o dever da mãe de suportar a gestação, ainda que isso lhe imponha algum sacrifício. Assim, valendo-se da alegoria, discute a dura e delicada situação na qual uma mulher deva decidir-se entre o dever de suportar a obrigação de gestar uma vida e a faculdade de eliminá-la. Conclui que ninguém tem responsabilidade com outrem, a menos que a tenha assumido

explícita ou implicitamente, o que não ocorre com pessoas que são vítimas de violação sexual, por exemplo, e das que se preveniram contra uma gravidez indesejada. De outro lado, acrescenta uma gestante que deseja interromper, no sétimo mês, uma gravidez porque quer viajar sem os ônus que esta acarreta, não agiria de forma moralmente apreciável. As motivações seriam, portanto, ponderadas para que a destruição do produto da fecundação fosse justificável, o que se esbarra em oposição dos liberais sobre o direito mais amplo da mulher ao próprio corpo.

Em verdade, o aborto acompanha a humanidade e as justificativas para a sua prática têm sido as mais diversas ao longo da história.

Lester Brown² alarmou o mundo quando afirmou que o crescimento populacional de muitos países poderia significar um desastre sem proporções para o planeta, acrescentando que apenas o controle sério sobre o crescimento demográfico tinha a possibilidade de salvar a espécie humana. Em um cenário dessa natureza, políticas que incentivavam a esterilização e a interrupção da gravidez ganharam prestígio, registrando-se um aumento significativo da liberalização do aborto. Entre os anos de 1970 e de 1976, o aborto legal cresceu de 38% para 64%, legitimando-se em aproximadamente dois terços do mundo³.

Pode-se acrescentar, também, como causa ainda hoje legitimadora da destruição do produto da concepção questões de natureza econômica. Certos países, como a Dinamarca, autorizam o abortamento após o primeiro trimestre por múltiplas razões, dentre as quais a condição socioeconômica. Em tais casos, porém há necessidade de uma autorização especial para ter acesso à prática. Da mesma forma procedem a Holanda, a Itália, a França, Luxemburgo e o Uruguai, dentro de certo período de gestação, assim como a Índia.

No passado, a vontade do esposo constituía motivo suficiente para que a mulher praticasse aborto, na medida em que esse era considerado como único responsável pela geração do embrião, sendo a mulher mero receptáculo do gameta paterno. Atualmente, há uma radical inversão dessa última perspectiva já que, entre todos os argumentos levantados nas

discussões entre liberais, (a favor da tangibilidade da vida) e conservadores (contrários à interrupção da gravidez), o mais convocado para a liberação do aborto diz respeito ao direito da mãe ao próprio corpo.

Desta feita, considera-se que o produto da gestação não passaria de simples apêndice, uma amorfa partícula de protoplasma que não desenvolve nenhuma das funções próprias da espécie humana. A descriminalização do fato estaria, portanto em harmonia com os direitos sexuais e reprodutivos da mãe que deve ter assegurada a faculdade de fazer escolhas pessoais sobre a forma de conduzir sua vida. Invoca-se nesse sentido a Declaração do Cairo de 1994. Além disso, a incriminação do aborto dificultaria que se concretizasse a igualdade entre os gêneros dado ao fato de que os homens não engravidam conforme o Ministro Luís Roberto Barroso⁴.

Por ocasião da votação do julgamento da ADPF 54, foi comum identificar-se o anencefálico com o morto cerebral, embora este tenha sofrido irreversível, definitiva cessação das atividades do tronco cerebral e do encéfalo, enquanto o anencefálico ainda mantém, em muitos casos, atividade do tronco. Tal aproximação, irreal, sem dúvida, facilitou a aceitação da antecipação de parto como foi chamada a interrupção de gravidez nesses casos.

Uma análise técnico formal do interesse protegido nesses delitos tem refletido a insegurança do conceito como resultado das diversas interpretações sobre o aborto, o que resulta em múltiplos objetos a que se refere seu significante

3. BEM JURÍDICO PROTEGIDO

Na perspectiva médico-legal, o aborto consiste na interrupção da gravidez, sendo desnecessária para a sua concretização que a destruição do zigoto, do embrião ou do feto seja acompanhada de sua expulsão. Nelson Hungria⁵ adverte que o conceito jurídico-penal deve estar em harmonia com o critério oferecido pela medicina, acrescentando, em seu favor, a definição de Morisani o qual afirma que “aborto é a interrupção

da gravidez, seguida ou não da expulsão do feto, antes da época da sua maturidade”.

Para o direito brasileiro, a configuração do crime de aborto, tradicionalmente, independia do tempo gestacional. Assim, no momento da união do óvulo com o espermatozoide já se entendia estar formada uma entidade que possui um genoma próprio, resultante da mistura dos patrimônios genéticos contidos nos gametas masculino e feminino. Desta mesma forma, entende Cezar Bittencourt⁶ para quem a destruição da vida desde seu início – ou seja, a partir do momento em que o novo ser é gerado – constitui aborto. Tal posição foi a mais comum entre os autores do meado do século passado⁷.

A essa compreensão opôs-se, posteriormente, o fato de ser permitido no Brasil o uso da pílula do dia seguinte, a qual pode ser eficaz até o limite de cento e vinte horas (cinco dias) para impedir a gestação. Em razão dessa admissibilidade, há os que entendem que, até a nidação, é possível a interrupção lícita da gravidez. Da mesma forma, o exame da função do DIU permite concluir nesse sentido já que o dispositivo, além de tornar mais lenta a movimentação e função dos espermatozoides no útero e nas trompas uterinas, dificultando a fecundação do óvulo, impede sua fixação no útero. Assim, entre seis e doze dias depois da união do espermatozoide com um óvulo (sendo o oitavo dia aquele que parece apresentar mais probabilidades de sucesso para a gravidez)⁸ é que teria início a gestação. Em razão de a implantação representar a fase que, mais seguramente, indica o sucesso da gravidez, o uso do DIU e da pílula do dia seguinte – que impedem essa fixação são considerados como recursos lícitos para impedir a gestação. Luiz Regis Prado, em harmonia com o pensamento de Romeo Casabona, concorda com esta posição⁹.

A questão temporal, aliás, é uma das mais importantes dentre as que integram o cerne do conceito de aborto e sua proibição, não só no Brasil, mas em diversos países. Nesta senda, defende-se a existência de uma fase na qual o embrião e o feto não têm direito a ter direitos. As posições procuram, na maior parte das vezes, assentar-se em dados biológicos, conforme mencionado, os quais seriam definitivos para determinar

quando o produto da concepção reúne condições para usufruir da tutela da vida pelo ordenamento jurídico.

Em doze Estados que integram a União Europeia, até as doze primeiras semanas, a vida intrauterina não é protegida pelo direito de forma que é lícita a interrupção da gestação nesse período. Dentre tais ordenamentos, podem-se referir os da Alemanha, França, Espanha e Portugal, embora sejam previstos prazos excepcionais. Na América Latina, segue-se a mesma orientação em Cuba, Uruguai, Guiana e Porto Rico¹⁰. Tal ocorre porque se sustenta que, antes da formação do sistema nervoso central, o que ocorre por volta do terceiro mês, não há propriamente vida acabada.

Com base na ideia de que até a vigésima semana de gravidez e com menos de quinhentas gramas de peso, a vida extrauterina é inviável, conforme estudos¹¹, admite-se, em algumas legislações estrangeiras¹² que é lícita a interrupção da gravidez até esta fase. A partir de então, poder-se-ia cogitar de um estatuto do feto que gozaria de proteção mais ampla contra atentados a sua existência. Até essa fase, ele pertenceria ao corpo da mãe, sobre o qual ela teria toda disponibilidade. Sob essa perspectiva, apenas o produto da concepção com aptidão a ter vida independente da mãe após a expulsão, é o bem protegido.

No sistema interamericano, conforme disposto no artigo 4º do Pacto de San José da Costa Rica, todavia, o direito à vida é protegido desde a concepção¹³.

É essencial, para o tratamento da matéria que, apesar de todas as dissensões, seja possível compreender qual é o bem tutelado pela norma que proíbe a interrupção voluntária da gestação aborto e, através dessa compreensão, encontrar, se possível, o núcleo comum do interesse que deve ou não ser protegido.

O crime está incluído no Código Penal brasileiro entre aqueles contra a pessoa no capítulo dos crimes contra a vida. Tal inserção tem servido de apoio para a tese dos que sustentam que a vida é o bem jurídico protegido e, mais ainda, que o zigoto, embrião ou feto teriam sido considerados como pessoa pelo legislador de quarenta. Autores nacionais contemporâneos afirmam, todavia que o embrião ou o feto não podem ser

considerados pessoa, mas entendem que, apesar disso, devem ser protegidos pelo direito por se tratarem de seres vivos, devendo-lhes ser reconhecida “condição própria e independente”¹⁴.

É possível, com sensatez, negar a condição de pessoa ao nascituro, mas não a de vida humana em desenvolvimento, o que, porém, não encerra as divergências entre as várias posições já que há forte controvérsia sobre o valor da vida do feto em suas distintas etapas. Os conservadores entendem que o feto é um ser humano em desenvolvimento, mas que já dispõe de todas as condições de evoluir até a maturidade a partir de si mesmo. Desta forma, deve ser considerado dotado de valor e usufruir de proteção absoluta contra sua tangibilidade.

Atribuem-se à Igreja Católica os argumentos mais conservadores em favor da manutenção da vida, embora Wertheimer¹⁵ - ele próprio um defensor do aborto - retruque a essa ideia, lembrando que numerosas seitas cristãs e também o judaísmo e certas tribos indígenas do hemisfério sul e do hemisfério norte, tenham partilhado, ou ainda partilhem a mesma posição.

Para os favoráveis à liberalização do aborto, o bem jurídico protegido nos tipos de aborto, sucumbe em face outros mais valiosos de forma que a interdição da conduta apenas reproduziria um dogma religioso. A incriminação da ação, no entanto seria ilegítima quando a interrupção contrariasse a vontade da gestante ou quando, do procedimento, resultasse ofensa a sua integridade física.

4. A AUTONOMIA NA DISCUSSÃO DO STF

A autonomia tem sido realçada em todo mundo por movimentos feministas quando se fala em aborto. No Brasil, este argumento é frequentemente arguido pelos grupos que desenvolvem ações coletivas no contexto da luta pelos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, mas não só. Pode-se constatar que em decisões que dizem respeito à capacidade humana de interferir com a vida, o Supremo Tribunal Federal (STF)

tem, reiteradamente, feito remissão ao conceito de autonomia. Isso ocorreu também na ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, em que, por maioria, o STF decidiu que se mostra “inconstitucional a interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencefálico deve ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal” e, mais recentemente, já no referido Habeas Corpus (HC) que estabelece a “inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre”.

A leitura cuidadosa do acórdão na ADPF 54 revela o uso do termo *autonomia* por 56 vezes, na maioria das vezes como simples referência a temas de textos normativos e um certo número de vezes como parte da argumentação do julgador tanto a favor quanto contra o que se requeria na referida ADPF. No voto-vista do Ministro Barroso, esse termo ocorre oito vezes, em circunstâncias semelhantes. Em que pese, porém, o uso extensivo do termo *autonomia*, pouco espaço se reserva a esclarecer o que ele efetivamente significa, nos contextos em que é empregado, e, menos ainda, o que se deve entender por essa expressão e, conseqüentemente, como se justifica invocá-lo da maneira por que o fazem os Ministros da Corte Suprema.

Poder-se-ia imaginar que o termo *autonomia*, invocado sem maiores explicações nos textos legislativos, inclusive na Constituição Federal, dispensasse esses cuidados, já que seria, presumivelmente, de sentido conhecido e incontroverso. Preliminarmente, há que se afastar essa suposição.

O voto-vista do Ministro Roberto Barroso no HC124.306 sublinha que “a autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida”. Afirma, também que a autonomia da mulher, que ele faz pedra angular de sua argumentação, pertence ao “núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana”, tendo declarado, no início do voto, que “dignidade significa, do ponto de vista subjetivo, que todo indivíduo tem valor intrínseco e autonomia”.

A tese do Ministro Barroso está formalmente correta: a

dignidade humana pressupõe a autonomia, mas o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida, pressupõe, na visão kantiana, uma observância da lei moral que, verbalizada no imperativo categórico, é dada ao sujeito por ele próprio, mas não arbitrariamente.

A tese da associação entre valor intrínseco do indivíduo e autonomia, foi, também, visitada no voto da ministra Carmen Lúcia, na ADPF 54. Apoiada no texto de Eduardo Rabenhorst¹⁶, ela recolhe, como citações, a afirmativa de que “livres são aqueles que fazem suas próprias escolhas, *embasados em determinados princípios*” [Grifo acrescentado] e “esse vínculo entre razão e autonomia é indispensável para compreendermos a concepção kantiana da dignidade humana”.

Desloca-se, assim, a discussão para sua raiz: o conceito kantiano de autonomia, e esse deslocamento é necessário para que se enfrente, se for o caso, as objeções do ministro Cezar Peluso, na ADPF 54, quando diz: “não há como nem por onde cogitar, sem contraste ostensivo com o ordenamento jurídico, de resguardo à autonomia da vontade, quando esta se preordena ao indisfarçável cometimento de um crime”.

Dessa forma, a exaltação da indefinida autonomia e dos princípios a que se sujeita sugere que os argumentos foram colhidos após a decisão. Por que a autonomia prevalece quando o tempo de gestação é de até três meses e não de cinco, seis ou mais meses? Não seria de valer sobre a interrupção da gravidez em qualquer período?

5. A QUESTÃO FILOSÓFICA DA AUTONOMIA

A autonomia tem sido realçada também por movimentos feministas. No Brasil, este argumento é frequentemente arguido pelos grupos que desenvolvem ações coletivas no contexto da luta pelos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres

A atenção dispensada ao direito da mulher de tomar livremente a decisão de interromper a gravidez, embora tenha merecido nas decisões sobre aborto maior atenção do Supremo,

carece também de algumas ponderações.

A noção de autonomia foi formulada por Immanuel Kant e representou uma drástica inovação no pensamento ocidental. Enquanto os estoicos e os cristãos da patrística e da escolástica concebiam a lei moral como externa ao sujeito – seja porque decorrente de uma ordem determinada pelo *Lógos*, seja porque emanando da vontade de Deus –, a ideia kantiana é a de que o homem, tendo a intuição universal do Bem, dá a si mesmo a lei moral. Isso é que constitui a autonomia kantiana.

Não há como invocar-se a autonomia da vontade, na visão kantiana, com a ausência de pressupostos limitadores com que ela aparece, por exemplo, no existencialismo sartreano. A autonomia que Kant reconhecia ao ser racional – e por isso dotado de uma dignidade especial, a dignidade da natureza humana (*Menschenwürde*) – é indissociável com o embasamento em determinados princípios, essencial para que se compreenda o que Kant considera a dignidade humana. Kant *jamais atribuiu* ao homem a capacidade de decidir livremente *sem quaisquer princípios*. O que ele faz de inovador é recusar a necessidade de que esses princípios sejam dados ao sujeito a partir de fora (heteronomia); ao contrário, eles lhe são dados por ele próprio (autonomia) a partir da intuição racional do Bem, de que todos participamos.

Acontece que, a partir de uma radical alteração no pensamento ocidental da qual pode ser emblemática a tese nietzschiana da *morte de Deus*, isto é, da superação de todos os deveres pela vontade de poder, o termo *autonomia* passa a ser usado como se significasse uma independência absoluta na capacidade de se autodeterminar, sempre que não esteja uma decisão pessoal colidindo com interesses fundamentais de terceiros. A discussão seria, então quais são esses interesses fundamentais e quem são esses terceiros. No caso do aborto, o feto seria um “terceiro” com interesses fundamentais a serem levados em consideração?

A visão kantiana de uma ética racionalista absolutista pressupõe que todos compartilhem a mesma visão do Bem, que não é subjetivamente escolhido, mas racionalmente descoberto. É essa capacidade de descoberta racional que marca o ser

humano com sua dignidade específica. No século XX, em uma importante alteração de paradigma, postula-se a dignidade independentemente das evidências do exercício dessa racionalidade ou, de qualquer forma, admitindo-se que esse exercício seja compatível com diversas concepções de bem que, além de variadas, possam ser conflitantes. Invocar-se, nessas condições, a autonomia, sem que se discutam os determinados princípios em que as escolhas seriam embasadas, conforme a citação valorizada pela ministra Carmen Lúcia, em seu voto na ADPF 54. é, em certa medida, um discurso vazio. A não ser que se invoque a autonomia para justificar o que se quer aceitar e se construa, como parece acontecer nos respeitáveis votos de muitos eminentes magistrados, uma racionalização *ex post facto*, aliás compatível com a visão sartreana de autonomia absoluta a qual, entretanto, traz como consequência inapelável uma responsabilidade absoluta também.

6. MARCOS TEMPORAIS E BIOLÓGICOS NA CARACTERIZAÇÃO DO BEM JURIDICO

No Brasil, a decisão do STF, no HC 124.306, oriundo do Rio de Janeiro, decidido pela 1ª Turma, fortaleceu o elemento temporal para concluir sobre a licitude da interrupção da gravidez até o terceiro trimestre, embora os votos tenham fundamentado insuficientemente a importância do tempo gestacional para essa conclusão. Em verdade, muitos outros argumentos foram recrutados para justificar a decisão, assim como: o princípio da proporcionalidade, a autonomia da mulher, a integridade física da gestante, dentre outros, cuja conexão com o desenvolvimento fetal não foi abordada.

Em poucas linhas, o Ministro Luís Roberto Barroso¹⁷ afirma que, dentre as posições sobre o *status* jurídico do feto, há uma que sustenta que, antes da formação do sistema nervoso central, o que ocorre por volta do terceiro mês, como já referido, não há propriamente vida acabada. Daí o salto para a conclusão do Supremo sobre a legitimidade de sua destruição.

Ocorre que, à época da discussão sobre o uso de células tronco embrionárias, resolveu-se designar o embrião, com até

quatorze dias, de pré-embrião porque a linha primitiva, ou sulco primitivo que induz a formação do tubo neural só tem início após transcorridos esses dias¹⁸. Dessa forma, até o décimo quarto dia o produto da concepção não possuiria atributos para a identidade humana e poderia ser manipulado em experiências científicas. Ou seja, para o mesmo Tribunal tem marco diferente a referência - instalação de características próprias da espécie - utilizada para definir o início de vida humana.

No julgamento do HC 124 306, o STF recorreu à formação do sistema nervoso central aos três meses, mas poderia ter considerado a formação do tubo neural que começa no início da terceira semana (dias 22 a 23) e termina no final da quarta semana, quando ocorre o fechamento do neuróporo caudal (posterior)¹⁹. Poderia, ainda, ter levado em conta a capacidade de sobrevivência fora do útero materno. Acontece que escolha é arbitrária, como refere o Ministro: ela tem em vista atender a outros interesses importantes (autonomia da mulher, igualdade entre os sexos). A diversidade de marcos temporais, assim como a inconsistente justificação para adoção de cada um destes limites, sugere que, em verdade, ocorre um fenômeno diverso daquele apontado como sendo o determinante biológico da existência ou não de vida humana.

Entende-se, que houve e há uma dificuldade na liberação da prática do aborto a qualquer tempo e desacompanhada de outra motivação porque o fato ainda constitui um interdito. Assim, para legitimar a prática convocaram-se desconexas razões com o fim de levar o destinatário da mensagem a aceitar a argumentação de seu emissor. Ocorre que este processo nem sempre é consciente, podendo o próprio autor das argumentações estar a iludir a si mesmo.

7. EMPATIA COM A SIMILARIDADE: UMA PROPOSIÇÃO

A noção de empatia remonta a David Hume, que a concebe com o nome de simpatia. Ele aponta a semelhança e a contiguidade como as duas características que mais contribuem para a empatia, embora não as únicas.²⁰

É comum à convivência humana a dificuldade em aceitar a

diversidade, o diferente perante o igual, como bem situa Maria do Céu Patrão Neves²¹. Aquele que é desigual do que lhe vê tende a ser considerado inferior, anormal. De há muito, se sabe que, quando mais um ser é parecido com seu observador, mais este se dispõe a trata-lo com respeito. Diante de uma pessoa diferente, há uma dificuldade em reconhecer-se nela, um outro igual a si mesmo, embora distinto, sobretudo quando este sequer tem uma forma assemelhada à sua.

A preocupação com a forma que evoque o ser humano é tão conhecida que está presente até mesmo na criação de robôs aos quais se pretende dotar de aparência humana com o fim de facilitar a interação com as pessoas. Estudos²² realizados revelam que o fenômeno do antropomorfismo faz com que os humanos atribuam qualidades de sua espécie a tais mecanismos. A razão para que isso ocorra, segundo pesquisas, decorre da geração de uma forma de empatia, envolvendo uma percepção imaginada²³.

Promover o sentimento contrário – extinguir o diferente -, também tem sido utilizado pela humanidade como recurso para tornar mais fácil a destruição do inimigo, do indesejado. Dave Grossman²⁴ afirma que é muito mais fácil matar alguém, se esse alguém tem uma aparência distinta da sua. Assim, se for possível convencer às tropas que o inimigo não é realmente humano, mas sim forma inferior de vida sua destruição tende a ser facilitada. Os humanos, acrescenta, são essencialmente tribais e tendem a temer e a desvalorizar aqueles que não são membros da mesma “tribo”.²⁵

Não é sem propósito que já se definiu o pré-embrião como uma “coleção de células que se dividem até o aparecimento da linha primitiva”²⁶. Busca-se reforçar, com tais designações, a ideia de que o produto da concepção é apenas uma massa informe destinada, um dia, a tornar-se indivíduo humano. O critério de implantação do tubo neural estabelece importante relação entre a individuação e o sistema nervoso central, que tem relevância como caracterização da existência de vida no homem. Bourguet²⁷, todavia, afirma que configura um exagero afirmar que o jovem embrião não vive porque a sua atividade encefalográfica é nula, argumentando que, para ser humano,

não é preciso ser igual ao adulto humano, normal, e ter os mesmos atributos que este.

A ideologia do extermínio conhece este mecanismo de desumanização que elimina as possíveis resistências de destruição. Norberto Bobbio²⁸ refere-se a uma tradição de animalização do Outro, que se dá através de uma ação continuada de degradação de seus atributos físicos, reduzindo-o a tais condições, que procurem induzir a uma forte repulsa física. Assim ocorreu com relação aos judeus dos campos de concentração, doentes, fracos, com parasitas, sem acesso às mínimas condições de higiene e cuja desumanização facilitava o propósito nazista. Da mesma forma, para os conquistadores espanhóis, os índios não eram considerados homens, em um processo que Domenico Losurdo chama de desespecificação²⁹.

A conjectura que aqui se faz é a de que quanto mais assemelhado seja o embrião ao recém-nascido, mais difícil, por fatores emocionais o mais das vezes inconscientes, justificar-se sua destruição. Em sentido oposto, quanto mais diferente do recém-nascido seja a forma embrionária, mais razões serão invocadas para autorizar uma extinção que, pela dessemelhança com a forma humana não parece *prima facie* repugnante. Se essa conjectura estiver correta, a verdadeira motivação por trás de uma fixação *ex post facto* de critérios temporais e biológicos estaria em limitar o arbítrio da gestante ou de quem por ela decida no sentido de evitar-se a destruição do produto da concepção quando a similaridade formal com o indivíduo humano já for marcadamente evidente. Seria, desse modo, uma autonomia mitigada pelo critério empático. Entretanto, a convocação de critérios morfológicos para definir a individualidade humana, é, sobretudo, perigosa pelo jogo que se faz de transformação de um ser em *um outro* diferenciado, com o qual não é preciso, nem possível, qualquer identificação.

8. CONCLUSÃO

É inegável que o conflito entre a destruição da vida do embrião ou do feto e a preservação de outro valor (autonomia, saúde, vida da mãe) é complexo e de difícil resolução.

A ponderação não consegue ser feita através de estrita racionalização apesar da busca de argumentos científicos, jurídicos, éticos e biológicos. Tem sido fundamental, na tomada de uma ou outra direção, a cultura, os ideais de cada grupo, ou até mesmo, suas crenças. Esse problema tem contribuído para que os conceitos ligados à expressão aborto - sobretudo este - ganhem múltiplos significados, mantendo como núcleo comum a ideia de excisão do produto da concepção de forma não autorizada pela lei. Ou seja, um conceito puramente formal.

Ainda que pertencentes a uma mesma posição, as pessoas de uma sociedade divergem quanto às razões que permitem o aborto, existindo grande disparidade no que tange ao tempo de gestação e aos critérios, biológicos ou não, que legitimam a excisão do feto.

Outros motivos tendem a ser convocados ao lado da maturidade e viabilidade fetal, realçando-se a ideia de que, ocorrendo a gestação no corpo da mãe, está tem o direito de lhe dar ou não prosseguimento em nome de sua autonomia. No Brasil, esta motivação foi recrutada pelo STF, mais de uma vez, para justificar decisões embora o significado dado à expressão não tenha sido devidamente esclarecido, sendo certo que, em face da história da filosofia ocidental o conceito de autonomia não tem obviamente a latitude que muitos lhe atribuem contemporaneamente.

São muitos os encaminhamentos e ideias das pessoas, ainda que pertencentes a uma mesma cultura quanto aos limites impostos à interrupção voluntária da gravidez e suas justificações, existindo grande disparidade no que tange ao tempo de gestação e aos critérios, biológicos ou não, que legitimam a excisão do feto.

Parece existir, todavia, a vontade de atender aos grupos distintos (no caso específico aos liberais e aos conservadores em termos de aborto) o que pode contribuir para que leis ou decisões tenham fundamentos que não guardem a necessária coerência e que servem, sobretudo como afirmação normativa de pretensões. Pode constatar que, ao lado de posturas liberais, permanecem, em maior ou menor grau, a interdição da destruição do produto da concepção, sobretudo quando

este apresenta uma forma semelhante à da pessoa adulta. A identificação com o outro contribui para preservação do feto enquanto sua aparência dessemelhante gera o sentimento de medo e facilita seu aniquilamento. Trata-se de um princípio empático não reconhecido ou declarado aparecendo como critério cronológico de mal disfarçada arbitrariedade.

Há que se admitir entre todas as argumentações sobre tema que sempre paira certa inquietação na destruição dos mais vulneráveis para atender aos interesses dos mais fortes. Aqueles não podem apresentar fatos ou ideias em seu favor, pesando contra os mesmos, até o aspecto físico que, nos primeiros estágios de sua ontogênese, pouco se identifica com a aparência de um ser humano.

Entende-se, por fim, que a consciência das atitudes e significado não manifesto nas mesmas pode contribuir para superação do discurso distorcido, conduzindo a encaminhamentos mais seguros.

9. NOTAS DE REFERÊNCIAS (ENDNOTES)

1. THOMSON, Judith Jarvis. Una defensa del aborto. Em: *Debate sobre el aborto, Cinco ensayos de filosofía moral*. Madrid: Ediciones Cátedra, S. A., 1992.p. 9-32, Passim.
2. BROWN Lester R. *World on the Edge: How to Prevent Environmental and Economic Collapse*. New York, London: W.W. Norton & Company,2011. Passim.
3. BROWN, Lester R. *World on the Edge: How to Prevent Environmental and Economic Collapse...*op. cit.
4. Habeas Corpus 124.306, Rio de Janeiro, Voto-vista, Ministro Luís Roberto Barroso. *Disponível em*: www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf. Acesso em:16 dez. 2016.
5. HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Cláudio *Comentários ao código penal*, volume V, artigos121 a 136, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981 p. 237.
6. BITENCOURT, Cezar. Tratado de direito penal, 2: parte especial.... op. cit. p. 85.
7. Nesse sentido, Nelson Hungria, p288 volume V, Magalhães Noronha, p. 50, vol. 2. Giuseppe. Maggiore, Diritto penale, 1953, Imprenta: Bologna, N. Zanichelli, 1953.
8. WILCOX, ALLEN J.,BAIRD,DONNADAY,WEINBERG, CLARICE R. TIME OF IMPLANTATION OF THE CONCEPTUS AND LOSS OF PREGNANCY.IN: *NEW ENGLAND JOURNAL OF MEDICINE*, 1999; 340:1796-1799, JUNE 10, 1999.
9. PRADO, LUIZ REGIS. *CURSO DE DIREITO PENAL BRASILEIRO*, VOLUME 2, PARTE ESPECIAL, ARTS. 121 A 249, 11ª EDIÇÃO.SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2013, P.133.
10. ¹²TORRES José Henrique Rodrigues Aborto e legislação comparada. Em: *Ciência Cultural*. vol.64 nº 2 São Paulo Abr./

jun. 2012.

11. CUNNINGHAMF. GARY ET ALLI. *OBSTETRÍCIA DE WILLIAMS* – 24ª ED. BRAZIL: MCGRAW HILL BRASIL, 2016, P. 311.
12. A maioria dos estados norte-americanos proíbe o aborto após este prazo, mas alguns, a exemplo da Florida, Nevada, e Nova York, estendem o limite até as 24 semanas.
13. 12. Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José. Disponível em: <http://www2.idh.org.br/casdh.htm> . Acesso em 02/04/2010.
14. BITTENCOURT, Cezar. *Tratado de direito penal*. 21ª ed.: parte especial: dos crimes contra a pessoa, 16ª edição, São Paulo: Saraiva: 2015, p.187.
15. WERTHEIMER, Roger. WERTHEIMER, Roger. Compreender la discusión sobre el aborto. Em: *Debate sobre el aborto, Cinco ensayos de filosofía moral*. Una defensa del aborto. Madrid: 34-35. Ediciones Cátedra, S. A., 1992. pp.33-68, p.34-
16. RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 33.
17. STF, Habeas Corpus 124.306. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 15 dez. 2016.
18. BOURGEUT, Vincent. O Ser em gestação. Reflexões bioéticas sobre o embrião humano. São Paulo, Loyola, Passim.
19. UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL Hospital de Clínicas de Porto Alegre (HCPA) Programa de Pós-graduação : Neurociências. Disponível em: http://professor.ufrgs.br/simonemarcuzzo/files/embriologia_do_sistema_nervoso.pdf. Acesso em 12 abr. 2017.
20. HUME, David. *Tratado da natureza humana*. Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. São Paulo: UNESP, 2009. p. 352.
21. NEVES, maria do Céu patrão. Alteridade e direitos fundamen-

tais: uma abordagem ética. Disponível em: mpatraoneves.pt. Acesso em: 25 jul. 2017.

22. FINK, Julia. Anthropomorphism and Human Likeness in the Design of Robots and Human-Robot Interaction. In: GE S.S., KHALIB O., CABIBIHAN JJ., SIMMONS, R., WILLIAMS M. A. (eds) Social Robotics. ICSR 2012. Lecture Notes in Computer Science, vol 7621. Springer, Berlin, Heidelberg. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-642-34103-8_20. Acesso em 2 jul 2017.
23. MISSELHORN, Catrin. Empathy with Inanimate Objects and the Uncanny Valley. *Minds and Machines*. August 2009, 19:345. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11023-009-9158-2>. Acesso em:30 jun. 2017.
24. GROSSMAN, Dave. On Killing: The Psychological Cost of Learning to Kill in War and Society. Paperback – June 22, 2009. Passim.
25. 25
26. Essa definição remonta a 1985,quando membros da Fundação Europeia para a Ciência, em Londres, definiram o pré-embrião como a “coleção de células que se dividem até o aparecimento da linha primitiva”.
27. Id., Ibid., p. 63.
28. BOBBIO, Norberto. O saldo vermelho. Folha de São Paulo, São Paulo, Mais!, p. 4-5. 24 maio 1998. Entrevista concedida a Giancarlo Bosetti do L'Unità.
29. BOBBIO, Norberto. O saldo vermelho, op. cit., p. 5.